

## FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO

J. J. Calmon de Passos<sup>(\*)</sup>

1 — Fundamental, para a comunicação humana, o consenso entre o emissor da mensagem e seu receptor, no tocante ao significado e alcance das palavras utilizadas no discurso. Daí me parecer indispensável iniciar refletindo sobre o significado do termo *função*, a partir do que centrarei meu pensar no significado de função social, para concluir determinando o que é, no meu entender, a *função social do processo*. J. C. Barbosa Moreira, em 1984, falando na Universidade de Coimbra sobre a função social do processo, advertiu tratar-se de um conceito “polifacetado”. Tentarei, aqui, precisar qual dentre essas muitas faces foi por mim eleita.

2 — Rodotá definiu função como algo contraposto a estrutura, o dinâmico em relação ao estático. Função seria a maneira concreta de operar de um instituto, de um direito, de uma organização etc. Parece-me insuficiente. *Processo* é vocábulo que também significa modo de operar, o mesmo se podendo dizer do termo *procedimento*. Cumpre, portanto, determinar mais precisamente o que torna *função* um modo de operar.

Tudo quanto existe, existe para alguma finalidade, no sentido de que tudo quanto existe está associado a conseqüências de que é causa ou pressuposto e lhe revela a *função*. Os seres da Natureza cumprem funções que lhe são inerentes e necessárias, ditadas por algo a que emprestamos os atributos do divino ou buscamos explicar rejeitando toda e qualquer metafísica. O homem, entretanto, por força de sua especificidade — ser não absolutamente determinado — ultrapassa esses limites e pode se imputar funções ou estas lhe podem ser imputadas, com vistas a objetivos que lhe são propostos ou impostos socialmente.

Parece-me valioso, portanto, para maior precisão do conceito de função, distinguirmos a atividade ou o operar do indivíduo voltada para seus objetivos pesso-

---

(\*) Advogado e Professor Catedrático de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia.



ais, daquele que realiza direcionado para alcançar objetivos relacionados com interesses que o ultrapassam, dizendo mais diretamente com os da convivência social. Será impróprio, por exemplo, falar de função quando o agir está direcionado de modo predominante ou exclusivo para o interesse do agente. Incorreto, pois, dizer-se que alguém estuda para *cumprir a função de educar-se*, mas seria adequado afirmar-se que alguém estuda para *desempenhar as funções de médico*, porquanto está se habilitando a fim de atender, também e principalmente, a necessidades e objetivos de outros sujeitos. Quando se diz que o fígado é um órgão ao qual se associa a função hepática, estamos afirmando que ele desempenha certa atividade, cujos efeitos são direcionados em benefício de outros órgãos ou funções que, por sua vez, servem ao homem em termos de totalidade. *Eis o que para mim é função — um atuar a serviço de algo que nos ultrapassa.*

Função social, conseqüentemente, pode ser entendida como atividade do indivíduo ou de suas organizações, desenvolvida no sentido de atender a interesses ou obter resultados que ultrapassam os do agente. Pouco importa traduza essa atividade exercício de direito, dever, poder ou competência. A natureza da atividade e o modo pelo qual se cumpre são irrelevantes. Não definem a função, qualificam-na, apenas.

3 — A palavra função, no âmbito da ciência jurídica, adquiriu relevância com o chamado Estado de Direito Democrático. A igualdade essencial de todos os homens — postulado básico da democracia — implica a resultante, necessária, de que todo poder humano só se legitima enquanto serviço. No âmbito do poder político, para ser legítimo, exige-se, ainda, seja fruto de outorga e formalize-se como competência. Esse pensamento representou um ganho no esforço civilizador de eliminar da convivência social toda e qualquer forma de arbítrio. O processo civilizatório deu à força bruta o caráter de dominação necessitada de justificação, transmutou-a em poder como serviço aos homens, segundo a vontade (lei) divina, fundamento de sua legitimação, até que, em nossos dias, dessacralizado, só se legitima como serviço aos homens — função — exercido nos estritos termos da outorga (competência) formalizada pela vontade geral, expressa nas leis (humanas). O agente público passou a não ter vontade própria, sim a da lei — competência (atribuição) que se faz dever (retribuição) pelo que se fala, hoje, não em poder, sim, mais adequadamente, em função legislativa, executiva e jurisdicional. A própria autonomia privada teve suas fronteiras delimitadas, vetado ao particular querer o que a lei lhe proíbe, bem como omitir-se de querer o que ela lhe impõe.

Nosso século transportou para a área privada reflexão que fora feita para o setor público. Passou-se a falar em função social da propriedade, da empresa, do capital etc. As forças que haviam aberto brechas na muralha política tentavam agora também fazê-las na muralha econômica. E essa reflexão produziu frutos com o Estado de Direito Democrático Social mediante o denominado dirigismo contratual e pela intervenção estatal no domínio econômico, inclusive o desafio de nossos dias de definir a função social dos meios de comunicação. Já não é apenas o agente público que deve exercer os poderes que lhe foram atribuídos como dever de ser-

vir e nos limites da outorga que lhe foi conferida, também aos agentes privados se interditou o exercício das faculdades que decorrem da liberdade, que lhes é reconhecida e assegurada, de modo a determinar um desserviço aos interesses sociais.

4 — Esse novo cuidado com a função social do agir humano surgiu como reação à postura que o Iluminismo introduziu na cultura ocidental — a descentração do indivíduo em face da sociedade. A modernidade se contrapôs, de forma radical, ao comunitarismo da Idade Média e da Antigüidade, mesmo clássica, privilegiando o indivíduo e sua autonomia, tanto no espaço político quanto no econômico. As consequências são bem conhecidas e revestiram-se da denominação genérica de *questão social*. Daí que, sem se retornar à velha absorção do indivíduo pela sociedade, buscou-se definir limites à autonomia privada, com vistas a preservar a convivência social desejável. A ênfase dada à racionalidade (laicizada) individual e consequente autonomia do agir humano, que embasaram o liberalismo político e o liberalismo econômico, gerou disfuncionalidades que originaram a chamada questão social e provocaram, com seu absolutismo, a reflexão que levou à antítese das concepções coletivistas, cuja tentativa de síntese foi o pensamento social-democrático, matriz da elaboração teórica da função social dos direitos subjetivos privados.

5 — De quanto dito, conclui-se que se, no âmbito do direito público, o poder existe nos limites da outorga, por conseguinte, estritamente em termos de competência, tudo o mais lhe sendo vetado. No campo da autonomia privada é o inverso que se dá, legitimado o particular a explicitar sua liberdade com amplitude, salvo os limites e obstáculos postos expressamente pela lei. O termo *função social*, consequentemente, no direito privado, só comporta concreção de seu conteúdo mediante formulação negativa. Impraticável dizer-se, satisfatoriamente, qual seja a função social do direito de que alguém é titular, regulando-se exaustivamente o seu agir ou enunciando-se princípios que informem plenamente seu exercício, por mais numerosos e genéricos que sejam. Só de forma negativa é possível delimitar-se o espaço da função social do agir do indivíduo ou de suas organizações. Enquanto liberdade, poder de atuar sobre as coisas e sobre outros homens, o indivíduo e suas organizações não têm limites intrínsecos, salvo os naturais ou os que se imponha ou lhe sejam impostos pela resistência (força) do outro. Limitar a liberdade, o poder em que ela se traduz, a fim de torná-la função, vinculá-la a determinados objetivos, só é viável pela via de sua limitação. A função social, no âmbito privado, é, assim, menos o que a atividade deve diretamente proporcionar e muito mais o que, indiretamente, propicia, por força dos limites que lhe são impostos.

Chequemos essa nossa assertiva com algumas funções bem conhecidas. O pátrio poder, por exemplo, antes de ser dominação dos pais sobre os filhos, é muito mais serviço para eles. Impossível, contudo, definir o que cumpre a um pai concretamente fazer para servir aos filhos. Esse seu dever de servi-los ficará assegurado, entretanto, com a precisa determinação do que não lhe é dado fazer. A obrigação dos pais educarem os filhos, alimentá-los etc. é tão ampla e tão relativa, tão elástica que nada diria, se não sancionássemos o descumprimento desses deveres, tipificando violações, como maus-tratos, abandono, perda do pátrio poder etc. Mais expressi-

vo, ainda, refletirmos sobre a função social da propriedade. Algo ambíguo, indeterminável de modo operacional e insuscetível de ser imposta efetivamente. Mas tudo se transforma quando sancionamos o que não deve ser feito, por traduzir a ultrapassagem dos limites postos ao exercício do direito (domínio) do proprietário.

Ao revés, em termos de direito público, é da sua própria essência que todo e qualquer direito ou poder seja exercido no interesse coletivo, pelo que lhe será conatural a natureza de função social. Assim sendo, definir a função social de uma atividade pública é, em verdade, traçar-lhe o espaço que, no universo do interesse coletivo, lhe é particularmente reservado em termos de competência. Muito mais atribuição que limitação.

6 — No vasto campo das funções públicas, o que será atribuível ao processo? Para responder, teremos que perguntar, ainda, de que processo cuidamos. Limitaremos nossa análise apenas ao processo de produção do Direito, particularmente daquele processo de sua produção que oferece como produto uma *decisão judicial*.

Nossa condição humana nos impele a indagar sobre o que as coisas são, por que e para que elas existem. Quando nos deparamos com algo cuja existência independe de nós, a prioridade é sabermos o que isto *seja*, porquanto só conhecendo o seu ser e o seu proceder poderemos com ele interagir ou sobre ele agir. Enquanto o homem não conheceu algo sobre a energia, foi incapaz de utilizá-la de modo excelente. Diversamente ocorre, a meu ver, quando lidamos com tudo quanto diz respeito à condição humana, ao homem como realidade específica e total. Aqui, o prioritário é saber o *porquê* e o *para que*, visto como, nesse âmbito, o *ser* é sempre resultado de um *operar* do homem. Ele se faz, aqui, o *criador*, e como tal é aquele que dá existência a algo, com vistas a determinada finalidade que se propõe e por motivos que se colocou. Destarte, ocupando-nos do que somente é porque o homem lhe deu existência, nada saberemos de seu *ser*, caso não tenhamos, previamente, analisado o seu *porquê* e *para que*. O direito, que é um *construído* — algo indispensável e irrealizável sem o homem que o produz e aplica, que dele se utiliza e a quem deve servir, não foge dessa necessidade.

Nas ciências exatas e naturais, o objeto disciplina o cientista. Resiste a ele e desqualifica o seu saber, dada a possibilidade da contraprova empírica dos sistemas físicos e materiais. Nas ciências humanas é diferente. Porque ciências da *compreensão* — algo que não está nas *coisas* e sim na mente do homem — o cientista adquire poder sobre o *objeto*, que é por ele definido e influenciado, pelo que a desconfirmiação das teorias elaboradas só pode ser discursiva, insuscetíveis de se submeterem ao controle da contraprova empírica. Só pela verificação histórica (o fluir dos acontecimentos) isso é empiricamente possível, o que lhe tira toda operacionalidade. Dentre as ciências humanas, o Direito se revela a mais vulnerável. Pura linguagem, é facilmente manipulável, mas porque é um *dizer* que se faz perigosamente *decisão*, poder de interferir na liberdade e no patrimônio das pessoas, essa manipulabilidade reclama vigilância permanente e senso crítico apurado de quantos integram o universo dos denominados juristas, no sentido de dar um

mínimo de racionalidade e cientificidade ao seu operar. Nada é mais pernicioso socialmente que se substituir o esforço em prol da racionalidade e cientificidade do Direito pelo *discurso jurídico*, um amontoado de palavras despidas do mínimo de coerência exigível de qualquer discurso com pretensões de validade.

7 — Nessa linha de preocupação, perguntemo-nos *por que e para que* o homem *produz* o Direito. A única resposta aceitável, a meu ver, é a de que o Direito se fez necessário como técnica civilizadora da solução dos conflitos (inevitáveis) decorrentes da convivência humana. As causas desses conflitos podem ser aqui descuradas, visto como suficiente, para o fim que nos propomos, a certeza de que há conflitos reclamando composição e que esta, para ser frutuosa, deve ser decisão de terceiro, estranho ao conflito, em condições de submeter os contendores, à revelia de suas vontades, ou seja, decisão de conflito por quem investido de poder político.

Fundamental, ainda, para nossa reflexão atentarmos para o fato de que a convivência humana não se dá em termos de uma *ordem* predeterminada e necessária, antes se revelando, também ela, como algo *construído* pelo homem, fruto, em sua dimensão mais significativa, de deliberações humanas, motivadas por uma complexa gama de interesses, insuscetíveis de serem colocadas, geneticamente, como disciplinados pelo Direito, apenas inseríveis em seu espaço regulador na medida em que configurarem conflitos irresolvidos socialmente. Isso nos autoriza a concluir que o Direito não está na matriz do comportamento humano, pelo que é apenas um espaço da ética, não a própria ética, que o ultrapassa e inclui. Assim sendo, ao Direito não cabe a função de informar e conformar o comportamento humano, em sua dimensão social, sim e exclusivamente a de solucionar os conflitos que decorram dessa convivência e escapem à composição pelos próprios interessados.

O Direito, contudo, embora inexistindo como objeto da natureza, sendo algo *produzido* socialmente pelos homens, não é formulado de forma irracional e anárquica, sim mediante um processo politicamente institucionalizado. No nosso tempo, em nossa cultura ocidental e em nosso País, ele é produzido mediante um processo constitucionalmente regulado e compatível com o Estado de Direito Democrático. Irrelevantes as críticas a que tal sistema de governo possa e deva ser submetido. O que nos cumpre é reconhecer que está constitucionalmente institucionalizado e, nos termos em que isso foi feito, só nos cabe, enquanto operadores do Direito, ajustarmo-nos a ele.

8 — Necessário aprofundar um pouco os fundamentos da reflexão que acabamos de fazer tão sinteticamente. Com esse objetivo, valer-nos-emos do pensamento de *Luhmann*, particularmente esclarecedor, pouco importam as críticas que possamos fazer ao conjunto de sua teoria. Falar de sociedade, diz ele, é falar de sistema, de ordem social. E como a ordem social é possível? Para ele, o problema que é a origem da gênese e da manutenção da ordem social se configura sob a égide de dois conceitos estreitamente ligados: *complexidade e dupla contingência*. Por *complexidade* se compreende o conjunto de todos os acontecimentos possíveis. Desenha-

se, assim, o campo ilimitado dos *mundos possíveis*. Essa complexidade remete a duas idéias. De um lado, um mundo de possibilidades, que não é um mundo real e para sê-lo se fez necessário que o *acaso* permitisse a decantação de um desses mundos possíveis, para transformá-lo em mundo real. Por outro lado, o campo ilimitado das possibilidades que se denomina *complexidade*, concebe-se, conceitualmente, como *caos* e não como *cosmos*. Quando se faz possível uma certa ordem nessa infinitude, reduz-se a complexidade e a sociedade começa a existir. É nessa idéia de *redução da complexidade*, como processo social permanente, que *Luhmann* situa o motor da evolução dos sistemas sociais.

Complexidade, entretanto, não significa apenas evolução, ela está presente no começo de toda ordem, na origem de toda interação social. Se pensamos uma situação originária de contato entre dois indivíduos, sobre o pano de fundo dessa complexidade não reduzida ainda de alguma maneira, isto é, na ausência da sociedade, o problema toma a forma de uma *dupla contingência*. *Contingente* é o que não é necessário nem impossível, mas simplesmente possível. Quando dois indivíduos entram em contato nesse quadro, cada qual deles perceberá essa contingência, que diz respeito tanto a ele quanto ao outro. Isso não serve a nenhum deles para orientar-lhes a conduta, pois é impossível a qualquer deles conhecer as *expectativas* do outro. Nada é previsível onde tudo é possível; não há expectativas, não há comunicação. Da desordem não rompida não resulta senão a desordem.

A introdução da ordem, a redução primeira da complexidade originária, a rutura da dupla contingência, não é algo que um demiurgo possa trazer do exterior desta relação, ainda impossível. Isso não é senão a transformação do impossível em possível, da paralitante possibilidade genérica, que é a complexidade não reduzida, em possibilidade concreta. Mas é necessário, e é suficiente, que um dos indivíduos faça qualquer coisa. O ato, qualquer que ele seja, de um indivíduo, equivale a uma primeira referência nesse espaço, há uma distinção que põe fim à indeterminação do indiferenciado. Assim agindo, o indivíduo realizou sua primeira escolha: optou por uma de suas possibilidades de agir. Uma tal seleção contém implicitamente uma primeira oferta à outra parte: a de aderir ou não à mesma escolha, à mesma regra, cumprindo à outra aceitá-la ou rejeitá-la. Produziu-se, conseqüentemente, uma primeira estruturação no horizonte do possível, que se torna pela primeira vez acessível, segundo uma dicotomia: *aceitar* ou *recusar*. Qualquer que seja a resposta, opera ela, por sua vez, como seleção, de tal maneira que a outra parte pode, por seu turno, comportar-se do mesmo modo. Alguma coisa surgiu, inequivocamente: comunicação, *order from noise*. O caráter fundador do que é social, que possui este agir comunicativo do que atua, apóia-se sobre seu valor de conexão, vínculo que se estabelece entre o emissor e o receptor, em termos de compreensão (apreensão do sentido da mensagem produzida pelo emissor) que permite ao outro agir, e assim por diante. Desse modo é que se pode engendrar o componente central de toda estrutura social — *expectativas compartilhadas*.

De maneira mais simples e menos técnica, diria que o homem, como liberdade, em cada momento de seu agir, coloca-se diante de um leque de alternativas de

comportamento (condutas possíveis, *possibilidades de ser*) a pedir redução de sua complexidade, enquanto *poder ser*, o que só se faz possível mediante a seleção de uma dentre todas as alternativas possíveis, tornando-se *dever ser* a que foi objeto da opção, revestida de eficácia prescritiva. Em termos sociais, as inúmeras *possibilidades de ser* do agir humano têm a mesma eficácia paralisante que determinam para o agir individual e traduzem aquele *caos* referido por *Luhmann*, a reclamar sua transmutação em *dever ser*, mediante o mesmo processo de seleção de uma dentre as várias alternativas possíveis, que se revestirá de impositividade. Essa mesma exigência está presente no processo de produção do Direito e será objeto de nossa análise, a seguir.

9 — O processo de produção do Direito pelo poder político democraticamente institucionalizado se realiza mediante os seguintes procedimentos redutores de complexidade: a) colocando previamente expectativas compartilháveis, expressas em termos gerais, que permitam um mínimo de previsibilidade de como serão compostos os conflitos que vierem a se instaurar na convivência social (o denominado direito material) com o que, subsidiária, indireta e fragmentariamente conforma e direciona o comportamento social; b) disciplinando, subseqüentemente, o procedimento a ser adotado pelos interessados e pelos agentes públicos, quando atuarem para prevenir ou solucionar os conflitos de interesses não compostos ou insuscetíveis de ser compostos pelos próprios interessados (o denominado direito processual); c) e por fim, para lograr esses objetivos, predeterminando a organização e definindo as competências dos agentes que se farão por elas responsáveis (normas de organização). Nessa perspectiva, distingue-se o *processo legislativo do processo jurisdicional*, delimitada a função de cada qual deles no espaço amplo da disciplina da solução dos conflitos, específica do Direito, aos quais, na modernidade, e em decorrência da institucionalização do Estado de Direito Democrático, se acresceu o *processo administrativo*.

Há, por conseguinte, no processo global de produção do Direito, uma primeira redução de complexidade, de *natureza predominante, mas não exclusivamente política*, para determinação de um universo de *dever ser* formalizados em termos genéricos e abstratos, a par de uma segunda redução de complexidade, de *natureza predominante, mas não exclusivamente técnica*, a partir daquela, para concreção do que foi definido genericamente, tendo em vista sua aplicação a casos concretos. O processo político disciplina e conforma a primeira função; o processo administrativo e o processo jurisdicional disciplinam e conformam a segunda função. Tudo isso, entre nós, no contexto e sob o império das exigências fundamentais de um Estado de Direito Democrático.

Correndo o risco de parecer redundante, gostaria de retomar, em outro nível e por outra forma, as reflexões precedentemente realizadas. Acredito que ajudaria a percepção de quanto afirmado se adicionasse alguns esclarecimentos. A convivência social põe para o indivíduo, ou para os indivíduos, em cada situação concreta em que se situem, um complexo de alternativas de comportamento. Figuremos um exemplo. Deseja-se solução para o problema do desemprego. Não há, para ele, uma

solução *única*, inelutável, impositiva. Inúmeras podem ser pensadas. Reduzir essa indeterminação, de modo a se emprestar previsibilidade e possibilitar exigibilidade de certo comportamento individual, com segurança de sua efetividade, reclama seja definida, no universo de *possibilidades de ser* que a situação em foco admite, uma que se revista do caráter de *dever ser* institucionalmente em condições de obrigar e ordenar concretamente o comportamento social. Essa primeira opção é de natureza política e deve ser formalizada pelos órgãos legitimados para o exercício dessa função, precipuamente legislativa. Mas esse *dever ser enunciado* genericamente, por que linguagem, discurso, jamais será capaz de implicar uma *única e necessária interpretação*, conseqüentemente uma *única e uniforme decisão*, eliminando toda e qualquer possibilidade de alternativas subseqüentes, por conseguinte, incapaz de conduzir, sempre, em toda e qualquer situação concreta a um só *tipo* de solução. Impõe-se, destarte, a necessidade de uma segunda redução de complexidade, colocada, agora, a cargo dos agentes públicos e dos sujeitos privados destinatários da norma. Caso disso decorra algum conflito, ou algum conflito se mostre potencialmente possível, a tarefa é transferida para os órgãos da função jurisdicional, que formularão o entendimento redutor, com impositividade, no caso concreto. Essa segunda redução de complexidade, quando transferida ao julgador, não pode ser nem arbitrária nem discricionária, visto como se negaria, assim, o princípio que informou a primeira redução de complexidade, tornada inócua e nenhuma. Por outro lado, se essa atividade se dá num sistema democrático, tanto aqui, quanto ali, se faz essencial a adequação ao devido processo legal respectivo. Por via de consequência, e conclusão necessária, se inexistirem no sistema instrumentos mediante os quais se empreste, no máximo possível, segurança e coerência nessa segunda redução de complexidade, portanto *previsibilidade*, negar-se-á (ou se anulará) quanto antes afirmado, disfuncionalizando-se o sistema como um todo.

10 — O Estado contemporâneo, por força de seu intervencionismo e em decorrência da crescente juridicização da convivência humana, pretendeu tornar-se, também, regulador de ampla área da vida social, máxime em sua dimensão econômica. Chegou-se a falar em direito promocional e sanções premiais, pelo que a função de solução de conflitos quase se deixaria superar por esta outra, dirigente e direcionadora do comportamento social, mediante estímulos ou imposições. Assim, ao lado da função de solução de conflitos, teria também o Direito a de implementação de decisões políticas, a pedir regras cogentes, disciplinadoras de comportamentos sociais, cada vez mais numerosas e mais abrangentes.

Essa mudança de enfoque, se verdadeira (e é bem contestável, a meu ver, máxime com a crise do socialismo real e da social-democracia) em nada alcançou o fundamental da teoria do Estado de Direito Democrático. Permaneceu válido o princípio de que a função política se cumpre precipuamente mediante o processo legislativo, a ela cabendo positivar valores, diretrizes, princípios e regras e formular planos a que se submete a atividade dos agentes públicos, que só podem o que a lei lhes confere ou atribui, o que vale, por igual, para os magistrados enquanto órgãos de uma das funções do Estado — a jurisdicional. Assim, inexistente uma vontade po-



lítica a par e ao lado daquela operacionalizada pelos integrantes da função política (juridicizada em consequência do princípio da legalidade) e muito menos em conflito com ela (salvo crise institucional) porquanto somente eles estão constitucionalmente autorizados a fixar uma opção, no amplo universo das possibilidades *de ser*; emergentes da convivência social, formalizando-a como *dever ser* (genérico) impositivo à coletividade. As três funções harmônicas, no sentido de que convergem, mas independentes, porque não submetidas umas às outras em suas decisões, implementam uma vontade política única, aquela expressa em termos de valores, diretrizes, princípios e regras, planos e projetos só concretizáveis se sacramentados pela lei (em sentido lato) produzida segundo o processo constitucionalmente previsto para sua formulação.

O alargamento que se deu à atividade do Estado não importou em alteração substancial da função de julgar, voltada ainda e exclusivamente para a solução dos microconflitos, apenas enriquecido esse universo com os novos conflitos entre os sujeitos de direito em geral e os agentes públicos, limitados, agora, pela lei, por conseguinte, suscetíveis de serem questionados perante os órgãos da função jurisdicional, conflitos esses impossíveis de configuração jurídica no passado. Não se institucionalizou, por força disso, uma função que às demais se sobrepos, porque também a função jurisdicional se coloca sob o império da lei e sujeita a deslegitimação pelos agentes das demais funções básicas do Estado, como mandatários do povo soberano, e pelo próprio povo soberano, diretamente. Nem lhe foram atribuídas funções políticas, inadmissíveis sem a legitimação específica (eletiva) constitucionalmente reclamada para isso.

Nenhuma limitação, por conseguinte, em termos de definição política, sofreu a função legislativa, que permanece como a única legitimada para a formalização da vontade geral, democraticamente expressa e institucionalizada, só modificável pelo processo político, jamais por outra via. Novidade foi sua atribuição, com maior ênfase, a agentes executivos e judiciários, em dimensão diversa da anterior e com alcance diferenciado. Aos agentes executivos se deferiu função legislativa excepcional e sempre submetida ao controle e ratificação final do Parlamento ou do próprio povo, de que são exemplos os decretos-leis e as medidas provisórias, os referendos e os plebiscitos, para apenas se mencionar o que foi tipificado e disciplinado expressamente entre nós. Com os agentes do judiciário, o mesmo ocorreu, indiretamente, em decorrência da necessidade, cada vez mais imperiosa, da edição de normas estruturadas com conceitos indeterminados, a par da crescente exigência de enunciação de princípios e fixação de valores com incidência no comportamento social, público e privado, tudo isso necessitado de preenchimento quando de sua aplicação aos casos concretos. Este fenômeno, entretanto, não alterou a antiga correlação funcional, ou seja, a de que há uma *primeira redução de complexidade, de natureza predominante, mas não exclusivamente política*, para definição de generalidades, e uma *segunda redução de complexidade, a partir daquela, de natureza predominante, mas não exclusivamente técnica*, tendo em vista a necessidade de particularização do que foi definido em termos gerais, quando de sua aplicação no

caso concreto. Nem se eximiu nenhum agente de função política da necessidade de sua prévia e adequada legitimação para desempenhá-la. Os agentes políticos e o processo político permanecem como únicos autorizados a formalizar decisões de natureza política fundamental. Os agentes administrativos e jurisdicionais, bem como o processo administrativo e o jurisdicional carecem de legitimidade e adequação para formalizar decisões políticas básicas, só lhes cabendo as tarefas implicadas com aquela segunda redução de complexidade antes referida. Nenhuma das três, entretanto, e em nenhuma hipótese, é livre e soberana, autorizada a sobrepor-se à única soberania reconhecível num sistema democrático — a vontade popular, exercitável segundo o processo político constitucionalmente instituído. Conseqüentemente, a validade das decisões dos agentes das funções enumeradas só ocorre se forem produto de um devido processo constitucionalmente institucionalizado, seja um devido processo legal legislativo, seja um devido processo legal administrativo ou jurisdicional. No espaço da função jurisdicional, cumpre dar relevo à fundamentação (substancial) das decisões, vinculadas aos cânones da ciência jurídica (dogmática conceitual, dogmática hermenêutica, dogmática da decisão e a dogmática dos valores, que se tenta sistematizar) e aos controles políticos institucionalizados pela soberania popular. Conseqüentemente, a validade das decisões dos agentes das funções enumeradas só ocorre se forem produto de um devido processo legal constitucionalmente institucionalizado. Democracia e arbítrio são incompatíveis e a própria discricionariedade se faz cada vez mais prisioneira de pressupostos legais.

11 — Para concluir, gostaria de refletir, sumariamente, sobre a relação entre o Direito e o processo de sua produção:

a) Operando sobre o que integra o mundo físico (matéria, material) o homem, pelo *trabalho*, transforma o *dado* pela Natureza em algo que, sendo *produto*, permanece matéria, vinculado à estrutura que lhe foi imposta. Matéria revestida de significação, de sentido, cumprindo uma função que lhe é atribuída pelo homem, porém matéria. A árvore de que faço tábuas não existe para isso, mas o homem pode destiná-la para isso. Se a madeira não é a cadeira que com ela se faz, a cadeira, mesmo enquanto *produto*, permanece sendo madeira (árvore morta) como a árvore (viva) de que proveio; e subsiste como tal, depois de produzida e dissociada do processo de sua produção, porque é matéria.

b) No operar o homem com o que produz sociedade, as coisas se passam diversamente. Aqui, o agir humano se dá em termos de comunicação, expectativas compartilhadas, inexistindo a *matéria ou o material* no sentido que se dá ao termo; e se de algum *produto* se pode falar, será ele constituído pelo *sentido compartilhado* (comunicação). *A ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas na específica condição de homem, em sua singularidade.*

c) O Direito, já foi dito, não existe na Natureza, é *produzido* pelo homem, mas ele não se reifica como os objetos produzidos pelo trabalho. Situa-se no universo do discurso e da ação e somente é enquanto discurso e comunicação, lingua-

gem, processo, fazer, operar. Ontologicamente, portanto, nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. O jurídico é *sentido e significação* que se empresta a determinados atos dos homens, para que seja atendida uma específica função socialmente imprescindível. Daí afirmar, com propósito de causar impacto, que *o direito não existe como objeto material*. Nem é sólido, nem líquido, nem gasoso. Não tem estrutura atômica nem molecular. Nem é animal, nem vegetal, nem mineral. Conseqüentemente, *não existe como natureza*. E isso afirmo para conscientizar as pessoas de que o Direito não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico) *só existindo enquanto produzido*, representado, sempre, pelo *resultado* do agir comunicativo dos homens, um fazer setorial no fazer comunicativo global que é a sociedade, jamais se reificando, jamais se justificando dissociado do homem e de sua vontade.

Ao pensar o *Direito*, ingressamos numa dimensão diferente (nova) da realidade. Antes, o mundo do *ser* — da matéria e da concreção, onde operam o labor e o trabalho — agora, o mundo do *dever ser*, construção do homem, um tecido de *comunicações*, realidade indissociável de uma *compreensão* e de um *querer* humanos, e que somente é enquanto fruto de uma vontade que o concretize, incapaz de ser faticamente e subsistir se dissociada do sujeito e de seu *querer*.

a) A cadeira, enquanto madeira, é, sem que sobre isso o querer humano tenha qualquer espécie de poder. A função e a estrutura da árvore decorrem de um *querer* (passe o termo) que denominamos de *lei natural*. Quando a madeira é tornada cadeira, passa a desempenhar uma função que, enquanto cadeira, lhe foi *atribuída* por um querer humano, indispensável, inclusive, para conservá-la como tal. Dissociada da função que o homem lhe atribuiu, é *madeira*, árvore morta, possível de ser usada como lenha ou simplesmente não ter serventia. Só associada ao querer humano, que lhe imputa a função específica, é cadeira. Com o Direito, também um *produto* do operar do homem, tudo se passa diferentemente. Aqui, o produto jamais se reifica, adquire autonomia e se dissocia de seu produtor; mais que isso, só existe e dele se pode falar, em termos de efetividade, enquanto associado ao seu produtor e enquanto processo.

b) Para ajudar um pouco a compreensão do que vem de ser afirmado, evoco a música. Ela inexistente como fenômeno, realidade sensível, fora do processo de sua produção. Quando o cantor silencia, quando o *virtuoso* deixa de tocar seu instrumento, tudo cessa. A música não é mais como realidade objetiva. A partitura na qual foram consignadas as notações musicais, que permitem reproduzir a melodia por outrem que não o seu criador ou primitivo executor, não é melodia, não é som, não é música, nem harmonia, nem acordes. É nada para o ouvido e para a sensibilidade do homem. Uma pura possibilidade, um *nada* sem o homem que desse nada faça ressurgir a melodia tornada notação musical após sua criação. E cada reprodução da melodia será um ato criador, porque marcada pela personalidade e pela técnica do intérprete, semelhante, não igual, contudo, ou até mesmo desfigurada pela incompetência do executor.

c) Também o Direito não é o texto escrito, nem a norma que dele formalmente se infere, nem os códigos, nem as consolidações, nem as leis, nem os decretos, nem as portarias, nem os tratados e monografias. Tudo isso é silêncio.... só possibilidades e expectativas. O Direito apenas *é* enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana.

d) No exemplo da cadeira, o trabalho de quem a fabricou foi um *instrumento*, meio utilizado para produzi-la, mas que, uma vez produzida a cadeira, se torna de todo prescindível para a existência do produto e sua utilização. Com a música, tudo é diferente. A melodia não é algo que se *dissocia* do processo de sua produção e do produtor, porque ela só consegue existir, como realidade sensível, associada a um e a outro. Dizer-se que, nesse contexto, o processo é um instrumento, um meio, no mesmo sentido em que isso foi dito com relação ao esforço físico, ferramentas ou máquinas empregadas na fabricação da cadeira, será incorrer-se em erro de graves consequências. *Aqui, o processo é algo que integra o próprio ser do produto, tem com ele uma relação substancial, não instrumental.* Sem o processo, não há o produto, e só enquanto processo há produto; a excelência do processo é algo que diz, necessariamente, com a excelência do produto e do produtor e o produto só adquire entificação enquanto é processo, um querer dirigido para o *criar* o produto e *mantê-lo* sendo.

e) Se o Direito *é* apenas depois de produzido, o *produzir* tem caráter integrativo, antes que instrumental e se faz tão fundamental quanto o próprio *dizer* o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de sua produção, que sobre ele influi em termos de resultado. *O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito.* Produzido pelos homens para atender a uma função essencial à existência humana, ele se situa no âmbito daqueles produtos que jamais se reificam, adquirindo autonomia do seu produtor, porque fruto da atividade do homem no campo do discurso e da comunicação, com que se busca dar sentido e significação às coisas e à convivência humana. Consequência necessária: *a relação entre o processo de produção do Direito, seja como enunciado, seja como decisão, e o seu produto (lei, ato administrativo, sentença e negócio jurídico) não é de caráter instrumental, meio-fim, sim de natureza substancial, integrativa. O Direito é o que dele faz o processo de sua produção.*

Não há, portanto, como liberar a produção do Direito do poder criador de quem o produz. Consequentemente, à medida que o produtor do Direito está livre de limites e controles, ele gera, sob a denominação de Direito, o arbítrio que sua vontade delibera institucionalizar, quer como legislador, quer como administrador ou juiz. Destarte, não há um processo neutro de produção do Direito, procedimentos com atributos mágicos, mas toda e qualquer atividade dessa natureza tem conotação política e reclama qualificação do produtor e sua sujeição a controles políticos. No Estado de Direito Democrático há um processo legítimo de produção do Direito e somente ele é admissível e somente ele legitima os operadores que nesse processo se inserem. Função do processo jurisdicional, portanto, sempre foi e será, a aplicação, ao caso concreto, da decisão política previamente posta pelo poder

político institucionalizado como expectativa compartilhada. Num Estado de Direito Democrático, porque soberano o povo, o processo jurisdicional tem a função de implementar, no caso concreto, a sua vontade, formalizada, na lei, em termos de expectativas compartilhadas, previamente postas para determinar segurança e previsibilidade ao conviver dos homens. Sem prejuízo de que, na sua aplicação, tenham os operadores a liberdade criadora que os cânones da racionalidade e cientificidade do Direito possam proporcionar, contida pela efetiva possibilidade de responsabilização *externa corporis* dos que faltarem àquele dever constitucional, submetidos aos controles que todo exercício de poder reclama numa verdadeira democracia. Mais não pode nem mais deve poder. Salvo vocação para o arbítrio e risco de disfuncionalidade geradora de crises institucionais.